



**University of
Zurich**^{UZH}

**Zurich Open Repository and
Archive**

University of Zurich
University Library
Strickhofstrasse 39
CH-8057 Zurich
www.zora.uzh.ch

Year: 2014

Soft Law als Brückenbauer zwischen Wirtschaft und dem Schutz der Gesundheit?

Richter, Julia

Posted at the Zurich Open Repository and Archive, University of Zurich
ZORA URL: <https://doi.org/10.5167/uzh-114247>
Journal Article

Originally published at:
Richter, Julia (2014). Soft Law als Brückenbauer zwischen Wirtschaft und dem Schutz der Gesundheit?
Archiv des Völkerrechts, 52(4):545-565.

Soft Law als Brückenbauer zwischen Wirtschaft und dem Schutz der Gesundheit?

Eine Analyse des Kodex für die Vermarktung von Muttermilchersatzprodukten

A. Einleitung: Interessenkollision von Wirtschaft und Gesundheitsschutz

Die Entwicklung des Völkerrechts ist einer zunehmenden Fragmentierung ausgesetzt. Dies äußert sich in der Herausbildung spezifischer, teilweise konfligierender Regelungen,¹ was zur Kollision verschiedener Interessen führen kann. Eine besonders aktuelle und umstrittene Kollision ist jene zwischen dem Schutz der öffentlichen Gesundheit und der Bewahrung wirtschaftlicher Interessen,² die in verschiedenen Bereichen Ausdruck findet. Schon in der frühen Entwicklung des internationalen Gesundheitsrechts wurde deutlich, wie stark Maßnahmen zum Schutz der öffentlichen Gesundheit das Funktionieren der Wirtschaft beeinträchtigen können. Quarantänemaßnahmen bedeuteten beispielsweise bereits im 19. Jahrhundert eine massive Einschränkung des wirtschaftlichen Wachstums und des Handels.³ Auch in der Totalrevision der auf Epidemien-Bekämpfung ausgerichteten Internationalen Gesundheitsvorschriften tritt dieser Grundkonflikt zu Tage. Die Vorschriften halten fest, dass Gesundheitsschutzmaßnahmen „eine unnötige Beeinträchtigung des internationalen Verkehrs und Handels“ zu vermeiden haben.⁴ Zudem kollidierte das WTO-Regime in der Vergangenheit des Öfteren mit dem Schutz der öffentlichen Gesundheit (beispielsweise bei den Auseinandersetzungen um Patentrechte und der gleichzeitigen Produktion und dem Vertrieb von Generika).⁵

¹ M. Knauff, Der Regelungsverbund: Recht und Soft Law im Mehrebenensystem, 2010, S. 5.

² A. Fischer-Lescano und G. Teubner, Regime-Kollisionen, zur Fragmentierung des globalen Rechts, 2006, S. 73 ff.

³ S. Harman, Global Health Governance, Global Institution Series, 2012, S. 31.

⁴ Artikel 2 WHO Internationale Gesundheitsvorschriften (23. Mai 2005), <http://www.admin.ch/opc/de/official-compilation/2007/2471.pdf>, Stand 11.12.2014.

⁵ A. Fischer-Lescano und G. Teubner, Regime-Kollisionen (Fn. 2), S. 72.

Deutlich wird die Interessenkollision zwischen wirtschaftlichen Anliegen und dem Schutz der öffentlichen Gesundheit auch in Bezug auf chronische und nicht-ansteckende Krankheiten.⁶ Diabetes, Krebs, Herz-Kreislaufprobleme und Atemwegsbeschwerden werden unter anderem durch ungesunde Ernährung, Tabakkonsum, mangelnde physische Aktivität und Alkoholkonsum gefördert.⁷ Diese Tendenzen sind nicht zuletzt auf die globale Verbreitung von Fast-Food-Ketten wie McDonald's oder Burger King oder das offensive Marketing für alkoholische oder stark zuckerhaltige Getränke zurückzuführen. Letzteres liegt zwar im Interesse der betroffenen Wirtschaftszweige, hat aber gleichzeitig stark gesundheits-schädigende Auswirkungen.⁸ Auf provokante Art und Weise wird dieser Grundkonflikt von Muller formuliert: „The industry today stands accused of harming the health of whole nations.“⁹

Die Vielseitigkeit der Beispiele zeigt, dass die Interessenkollision zwischen dem Schutz der öffentlichen Gesundheit und wirtschaftlichen Anliegen viele unterschiedliche Ursachen und Facetten aufweist. Diese durch die Globalisierung beschleunigte Entwicklung verlangt nach innovativen Lösungsansätzen, die über die traditionell akzeptierten Mechanismen des Völkerrechts hinausgehen.¹⁰ Kooperation über zwischenstaatliche Verhandlungen, Völkervertrags- und Gewohnheitsrecht ist in Anbetracht der immer komplexer werdenden internationalen Beziehungen nicht ausreichend.¹¹ Dies zeigt sich beispielweise in der Tatsache, dass in Bezug auf die Regulierung der Aktivitäten transnationaler Konzerne noch keine zufriedenstellende völkerrechtliche Antwort gefunden wurde.¹² Da es sich bei Konzernen nicht um Völkerrechtssubjekte handelt, entsteht hier ein Regulierungsvakuum, das auch in Hinblick auf die Verwirklichung des Schutzes öffentlicher Gesundheit gefährliche Implikationen hat. Dies steigert die Bedeutung von rechtlich nicht bindenden internationalen Verein-

⁶ W. Hein, Formen der Normbildung in Global Health Governance: Zwischen Multilateralismus und informellen Normbildungsprozessen, in Schapper, Andrea/Fleschenberg dos Ramos Pinéu, Andrea/Kneuer, Marianne (Hrsg.), Globale Normen zwischen Anspruch und Wirklichkeit, 2013, S. 159–187, 166.

⁷ A. S. Daar, et al., Grand Challenges in chronic non-communicable diseases, in Nature, 460 (22. November 2007), S. 494–496, 494.

⁸ L. O. Gostin, Global Health Law, 2014, S. 45; M. F. Jakobson, Liquid candy: How Soft Drinks are Harming Americans' Health, Center for Science in the Public Interest, (Juni 2005).

⁹ M. Muller, Nestlé baby milk scandal has grown up but not gone away, in The Guardian Online (13. Februar 2013), <http://www.theguardian.com/sustainable-business/nestle-baby-milk-scandal-food-industry-standards>, Stand 04.12.2014.

¹⁰ W. H. Reinicke/J. M. Witte, Challenges to the International Legal System, Interdependence, Globalization, and Sovereignty: The Role of Non-binding International Legal Accords, in D. Shelton (Hrsg.), Commitment and Compliance. The Role of Non-Binding Norms in the International Legal System, 2000, S. 75–100, 87.

¹¹ Ebenda, S. 92.

¹² W. Kälin/A. Epiney/M. Caroni/J. Künzli, Völkerrecht, 2010, S. 140.

barungen, dem sogenannten Soft Law,¹³ als „neues regulatorisches Paradigma.“¹⁴

Im Bereich der internationalen Gesundheitskooperation hat sich in der Vergangenheit des Öfteren gezeigt, dass Soft Law einen möglichen Weg bieten kann, das Spannungsfeld zwischen dem Schutz der öffentlichen Gesundheit und wirtschaftlichen Interessen zu entschärfen. Ein prominentes Fallbeispiel ist hierbei der Internationale Kodex für die Vermarktung von Muttermilchersatzprodukten der Weltgesundheitsorganisation (WHO) und des UNO-Kinderhilfswerks UNICEF. Der 1981 von der Weltgesundheitsversammlung¹⁵ angenommene Kodex gehört zu den bekanntesten Soft Law-Instrumenten, die von der WHO verabschiedet wurden.¹⁶ Der vorliegende Beitrag hat zum Ziel, den Kodex in Hinblick auf die Fragestellung zu untersuchen, inwieweit Soft Law-Instrumente zur Entschärfung der oben geschilderten Interessenkollisionen beitragen können. In einem ersten Schritt wird gezeigt, dass die Vermarktung von Muttermilchersatzprodukten den Grundkonflikt zwischen dem Schutz öffentlicher Gesundheit und wirtschaftlichen Interessen in fast idealtypischer Weise repräsentiert. Weiter wird ausgeführt, wie durch die Wahl eines Soft Law-Instrumentes ein Verhaltenskodex für Unternehmen entwickelt werden konnte, der unter den Mitgliedsstaaten eine große Zustimmung er-

¹³ Wichtigstes Merkmal von Soft Law-Instrumenten ist, dass sie zwar rechtlich nicht bindend sind, aber dennoch rechtliche Auswirkungen haben (beispielsweise eine Bindung der Staaten durch Estoppel oder als Ausgangspunkt zur Völkerrechtsentstehung). Sie fallen nicht unter die in Artikel 38 des IGH-Statuts definierten Rechtsquellen des Völkerrechts. Zudem sind Soft Law-Instrumente keinen nationalen Ratifikationsprozessen unterworfen und ihre Befolgung durch Staaten ist in der Regel freiwillig, siehe z.B. *P.-M. Dupuy*, Soft Law and the International Law of the Environment, in *Michigan Journal of International Law*, Vol. 12:420 (1991), S. 420–435; *H. A. Hillgenberg*, A Fresh Look at Soft Law, in *European Journal of International Law*, Vol. 10, Nr. 3 (1999), S. 499–515; *A. E. Boyle*, Some Reflections on the Relationship of Treaties and Soft Law, in *The International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 48, Nr. 4 (Oktober 1999), S. 901–913; *C. M. Chinkin*, The Challenge of Soft Law: Development and Change in International Law, in *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 38, Nr. 4 (Oktober 1989), S. 850–866; *D. Thürer*, Soft Law, in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law* (März 2009), <http://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e1469?rskey=Err0eu&result=1&prd=EPIL>, Stand 16.12.2014.

¹⁴ *M. Knauff*, Der Regelungsverbund (Fn. 1), S. 17.

¹⁵ Die Weltgesundheitsversammlung ist das parlamentarische Organ der WHO. Delegierte aller Mitgliedsstaaten treffen sich einmal jährlich, um über zentrale Punkte der internationalen Gesundheitspolitik zu beschließen. Die Weltgesundheitsversammlung definiert unter anderem die Politik der WHO, überwacht die Finanzen der Organisation und wählt den Generaldirektor, vgl. Artikel 10 ff. WHO-Verfassung (22. Juli 1946), <http://www.admin.ch/opc/de/classified-compilation/19460131/201405080000/0.810.1.pdf>, Stand 11.12.2014.

¹⁶ *M. M. Moise*, Public Health, International Cooperation, in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law* (August 2010), <http://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e527?rskey=uqPX75&result=1&prd=EPIL>, Stand 17.12.2014, Abs. 15.

hielt. Anhand der Bewertung des Verhandlungsprozesses und der Auswirkungen des Kodex für die Vermarktung von Muttermilchersatzprodukten wird schließlich in einem letzten Schritt das Potential von Soft Law zur Lösung des Interessenkonfliktes zwischen dem Schutz öffentlicher Gesundheit und wirtschaftlichen Anliegen aufgezeigt. Damit wird untersucht, ob Soft Law allgemein als Möglichkeit gesehen werden kann um die Kooperation in der internationalen Gesundheit trotz konfligierender Interessen zu intensivieren.

B. Der Kodex für die Vermarktung von Muttermilchersatzprodukten

Der Kodex der WHO und UNICEF für die Vermarktung von Muttermilchersatzprodukten ist ein wichtiges Beispiel für die Entwicklung eines rechtlich nicht bindenden Instruments im Bereich der Regulierung transnationaler Konzerne zum Schutz der öffentlichen Gesundheit. Durch die Annahme des Kodex gelang es, das Konfliktpotential zwischen zivilgesellschaftlichen Organisationen, der Industrie und nationalen Regierungen abzuschwächen.¹⁷ Wie in den folgenden Abschnitten gezeigt wird, trägt Stillen zum Schutz der öffentlichen Gesundheit bei und kollidiert damit mit dem Interesse der Säuglingsnahrungsmittelindustrie, Muttermilchersatzprodukte zu verkaufen. Der Kodex steht so exemplarisch für die Bekämpfung der oben beschriebenen Interessenkollision zwischen dem Schutz der öffentlichen Gesundheit und wirtschaftlichen Anliegen mit einem Soft Law-Instrument.

I. Interessenkollision bei Muttermilchersatzprodukten

Die Bedeutung des Stillens für die Gesundheit von Säuglingen rückte zu Beginn der 1970er Jahre in den Fokus der Weltöffentlichkeit, als ein weltweiter Trend festgestellt wurde, das Stillen abzusetzen.¹⁸ Muttermilch wird

¹⁷ In den Jahrzehnten nach Ende des Zweiten Weltkriegs entstand ein Spannungsfeld zwischen Industriestaaten und ehemaligen Kolonien. Insbesondere der ökonomische Einfluss transnationaler Unternehmen in Entwicklungsländern wurde als Indikator für globale wirtschaftliche Ungleichheiten wahrgenommen. Vor diesem Hintergrund wurde versucht, durch die Regulierung der Konzerne durch Verhaltenskodizes eine Abschwächung dieser Asymmetrie zu erreichen, *P. Sethi/B. B. Bhalla*, A New Perspective on the International Social Regulation of Business: An Evaluation of the Compliance Status of the International Code of Marketing of Breast-Milk Substitutes, in *The Journal of Socio-Economics*, Volume 22, Nummer 2 (1993), S. 141–158, 142 ff.

¹⁸ Siehe z.B. *A. Berg*, The economics of breast-feeding, in *The Saturday Review* (28. April 1973), S. 29–33, 30. Anzumerken ist in diesem Zusammenhang, dass sich die Wahrnehmung und die Praxis bezüglich Stillen verändert hat. Insbesondere die Frage, ob

als Goldstandard der Babynahrung bezeichnet, da sie alle Nährstoffe enthält, die ein Kind während seiner ersten sechs Lebensmonate benötigt.¹⁹ Kinder, die gestillt werden, sind vor Atemwegserkrankungen und Durchfall geschützt, da die Muttermilch Antikörper und Enzyme enthält, welche die Entwicklung des kindlichen Verdauungssystems fördern. Muttermilch ist zudem einfacher zu verdauen als industriell produzierte Ersatzprodukte. Als ein weiterer Vorteil des Stillens werden psychologische Aspekte angeführt, beispielsweise dass es die emotionale Beziehung zwischen Mutter und Kind fördere.²⁰

So bezeichnet auch die WHO das Stillen von Säuglingen während der ersten Lebensmonate als einen wichtigen Faktor für die Verwirklichung des UNO-Millenniumsziels 4, das verlangt, die Kindersterblichkeit von Kindern unter fünf Jahren um zwei Drittel zu reduzieren. Weltweit könne durch Stillen in den ersten 23 Monaten jährlich der Tod von 800.000 Kindern unter fünf Jahren verhindert werden.²¹

Damit ist die exzessive Verbreitung industriell produzierter Muttermilchersatzprodukte mit erheblichen gesundheitlichen Risiken verbunden.²² Dies ist auch ökonomischen Aspekten geschuldet. Wird das Stillen einmal abgesetzt und durch Ersatzprodukte substituiert, ist es kaum möglich, diesen Vorgang wieder rückgängig zu machen.²³ Gleichzeitig ist der Erwerb von Muttermilchersatzprodukten insbesondere für Familien in Entwicklungsländern kaum bezahlbar.²⁴ Deshalb wird die Säuglingsnahrung häufig mit Wasser gestreckt, was dazu führt, dass die Säuglinge zu viel Flüssigkeit und zu wenig Proteine und Kalorien erhalten.²⁵ Zudem besteht auch

Stillen einen negativen Einfluss auf das Berufsleben der Frau hat, ist Teil einer aktuellen und intensiv geführten Debatte (The New York Times, Politics of Breastfeeding (22. Mai 2014), <http://www.nytimes.com/roomfordebate/2014/05/22/the-politics-of-breastfeeding>, Stand 05.12.2014).

¹⁹ D. Kaplan/C. M. Graff, Marketing Breastfeeding – Reversing Corporate Influence on Infant Feeding Practices, in: Journal of Urban Health: Bulletin of the New York Academy of Medicine, Vol. 85, Nr. 4 (2008), S. 486–504, 486.

²⁰ J. Richter, Holding Corporations Accountable. Corporate Conduct, International Codes and Citizen Action, S. 102; A. Berg, The economics of breast-feeding (Fn. 18), S. 30; L. R. Perlman/K. Roberts, The Ethics of State Policies Restricting Access to Infant Formula and their Impact on Women's and Children's Health, in L. Lloyd-Judson/P. James (Hrsg.), Women's Global Health: Norms and State Policies, 2014, S. 91–113, 91.

²¹ WHO, Country implementation of the International Code of Marketing of Breast-milk Substitutes: Status Report 2011 (Überarbeitung 2013).

²² S. Shubber, The International Code of Marketing of Breast-Milk Substitutes, in International Digest of Health Legislation, 36 (4) (1985), S. 877–908, 879; S. J. Plank/M. L. Milanesi, Infant feeding and infant mortality in rural Chile, in The Bulletin of the World Health Organization, 48 (1973), S. 203–210, 205.

²³ E. Baer, Babies Means Business, in The New Internationalist, Ausgabe 110 (April 1982), <http://newint.org/features/1982/04/01/babies/>, Stand 28.11.2014.

²⁴ S. Shubber, The International Code of Marketing of Breast-milk Substitutes, An International Measure to Promote Breast-feeding, 1998, S. 51.

²⁵ M. Muller, The baby killer, London, war on want (1974), S. 3; J. E. Post, Assessing the

die Gefahr, dass das Wasser, mit dem die Produkte gestreckt, oder die Behälter, in denen die Produkte verabreicht werden, verunreinigt sind.²⁶ Ein großes Problem stellt hierbei die Notwendigkeit der Sterilisation der Produkte dar, die aus einfachen Gründen kaum zu leisten ist: vielen Familien fehlt die notwendige Infrastruktur, d.h. adäquat ausgerüstete Küchen und ein Gas- oder Elektroherd, um den Prozess der Sterilisation bewerkstelligen zu können.²⁷

Infolge dieser Erkenntnisse stießen der Verkauf und die Vermarktung von Muttermilchersatzprodukten in Entwicklungsländern auf massive Kritik. Hier wird die oben geschilderte Kollision verschiedener Interessen deutlich. Der Schutz der öffentlichen Gesundheit, also die Aufrechterhaltung des Primats natürlicher Säuglingsnahrung, stand (und steht) dem Interesse der Konzerne entgegen, ihren Absatzmarkt an Muttermilchersatzprodukten zu vergrößern. Letzterer wurde wegen Rückläufigkeit der Geburtenrate in westlichen Ländern auf Entwicklungsländer ausgeweitet.²⁸ So war der Anstieg im Gebrauch von Muttermilchersatzprodukten nach Ende des Zweiten Weltkrieges unter anderem einer aggressiven Marketingpraxis durch die Säuglingsnahrungsmittelindustrie geschuldet.²⁹ Oft wurde durch die Werbung für Muttermilchersatzprodukte suggeriert, dass Stillen unzureichend („When breast-milk is not enough“³⁰), und die Ernährung der Säuglinge durch Ersatzprodukte besser und fortschrittlicher sei.³¹ Einprägsame Jingles verbreiteten die Meinung, dass Kinder sogar gefährdet seien, wenn ihnen Muttermilchersatzprodukte vorenthalten würden („The child is going to die/ Because the mother's breast has given out“).³² Eine andere Marketingtechnik lag in der Anstellung von Frauen, die als Krankenschwestern verkleidet Informationen darüber gaben, welche Nährstoffe Kinder benötigen,³³ häufig kombiniert mit der Verabreichung von Gratisproben der Muttermilchersatzprodukte.³⁴

Nestle Boycott: Corporate Accountability and Human Rights, in California Management Review, Vol. XXVII, Nr. 2 (Winter 1985), S. 113–131, 115 f.

²⁶ S. J. Plank/M. L. Milanese, Infant feeding and infant mortality in rural Chile (Fn. 22), S. 205.

²⁷ M. Muller, The baby killer (Fn. 25), S. 7.

²⁸ K. Sikkink, Codes of conduct for transnational corporations: the case of the WHO/ UNICEF code, in International Organization, Vol. 40, Nr. 4 (August 1986), S. 815–840, 820.

²⁹ S. Shubber, The International Code of Marketing of Breast-milk Substitutes, An International Measure to Promote Breast-feeding (Fn. 24), S. 1.

³⁰ M. Muller, The baby killer (Fn. 25), S. 4.

³¹ E. Baer, Babies Means Business (Fn. 23); M. Muller, The baby killer (Fn. 25), S. 9.

³² E. Baer, Babies Means Business (Fn. 23).

³³ M. Muller, The baby killer (Fn. 25), S. 5; K. Sikkink, Codes of conduct for transnational corporations (Fn. 28), S. 820.

³⁴ K. Sikkink, Codes of conduct for transnational corporations (Fn. 28), S. 821; E. Baer, Babies Means Business (Fn. 23).

II. Entwicklung des Kodex für die Vermarktung von Muttermilchersatzprodukten

Die durch die Verkaufsstrategien transnationaler Konzerne hervorgerufenen Proteste von zivilgesellschaftlichen Organisationen waren Ausgangspunkt des Verhandlungsprozesses für den Kodex zur Vermarktung von Muttermilchersatzprodukten. Insbesondere Nestlé wurde kritisiert, aggressives Marketing für Säuglingsnahrungsmittel zu betreiben, Nahrungsmittel von minderwertiger Qualität zu verkaufen und den illiteraten Teil der Bevölkerung nicht ausreichend über die Auswirkungen des Konsums von Muttermilchersatzprodukten zu informieren.³⁵ Die NGO INFANT (Infant Formula Action Coalition) war federführend bei der Kampagne gegen Nestlé, die von einem teilweise sehr aggressiven Tonfall geprägt war (Nestlé kills Babies). Die verschiedenen, an den Protesten beteiligten NGOs schlossen sich zum International Baby Food Action Network zusammen, das mit 100 verschiedenen Gruppierungen in 65 Ländern eine starke Stimme in Säuglingsnahrungsthemen bildete.³⁶ Teil der Kampagne war ein umfassender Boykott von Nestlé-Produkten.³⁷ Eine wichtige Rolle beim Protest gegen die Marketingpraktiken der Säuglingsnahrungsmittelindustrie spielten auch die Medien. Beispielsweise wies MULLER in seinem berühmt gewordenen Artikel „The baby killer“ auf Studien hin, die zeigen, dass die Sterblichkeitsrate bei Kindern, die in den ersten drei Monaten ihres Lebens mit Muttermilchersatzprodukten ernährt wurden, drei Mal so hoch ist, wie bei Säuglingen, die gestillt werden.³⁸ Er verdeutlichte damit die dramatischen Folgen der Verkaufsstrategien transnationaler Konzerne auf die öffentliche Gesundheit.

Als Reaktion auf die Kritik und auf den Boykott gegen Nestlé versuchte sich die Babynahrungsmittelindustrie in Selbstregulierung. Beispielsweise wurde ein Ethikkodex entwickelt und die Unternehmen schlossen sich zum International Council of Infant Food Industries zusammen, um koordiniert auf die gegen sie geäußerte Kritik reagieren zu können.³⁹ Diese Versuche der Selbstregulierung scheiterten jedoch mangels Glaubwürdigkeit.⁴⁰

Durch das Engagement der Zivilgesellschaft rückten die negativen Effekte des steigenden Gebrauchs von Muttermilchersatzprodukten zunehmend auch in den Fokus der WHO und UNICEF. 1979 wurde in einer

³⁵ Y. Beigbeder, *International Public Health*, 2004, S. 46.

³⁶ K. Sikkink, *Codes of conduct for transnational corporations* (Fn. 28), S. 827.

³⁷ J. Alvarez, *International Organizations as Law-makers*, 2005, S. 234.

³⁸ M. Muller, *The baby killer* (Fn. 25), S. 3.

³⁹ L. Segerlund, *Making Corporate Social Responsibility a Global Concern, Norm Construction in a Globalizing World*, 2010, S. 59.

⁴⁰ J. E. Post, *Assessing the Nestle Boycott* (Fn. 25), S. 114.

Konferenz, an der verschiedene UNO-Organen aber auch nicht-staatliche Akteure teilnahmen, die Entwicklung eines globalen Kodex für die Vermarktung von Muttermilchersatzprodukten beschlossen.⁴¹

Zentrales Element des frühen Verhandlungsprozesses war die Frage, ob der Kodex in Form einer rechtlich bindenden Regulierung oder als Soft Law-Instrument angenommen werden sollte.⁴² Die Befürworter eines rechtlich bindenden Instrumentes (zu Beginn der 1980er Jahre die meisten Mitgliedstaaten der WHO⁴³) argumentierten, dass die Regulierung der Vermarktung von Muttermilchersatzprodukten in den Bereich von Artikel 21 der WHO-Verfassung fallen würde, der die Verabschiedung von rechtlich bindenden Regulierungen erlaubt.⁴⁴ Während des Verhandlungsprozesses wurde zudem intensiv darüber diskutiert, welche Rolle die WHO bei der Ausarbeitung globaler Regulierungen im Wirtschaftssektor zu spielen habe. Insbesondere die USA vertraten dezidiert die Ansicht, dass die WHO in diesem Zusammenhang keine Funktion übernehmen sollte.⁴⁵ Sie drohten sogar damit, große Teile ihres finanziellen Beitrages an die WHO zu sistieren.⁴⁶ Zudem sahen sich die WHO und UNICEF während der Verhandlungen über den Kodex mit massivem Druck von Seiten der Industrie konfrontiert.⁴⁷ Die Ausarbeitung eines Kodex wurde als industrie-feindlich und ideologisch vorbelastet wahrgenommen und Konsumenten-gruppen, die Nestlé boykottierten, als christlich motivierte Marxisten bezeichnet (Marxists marching under the banner of Christ).⁴⁸ Ein wichtiger Grund für die starke Opposition von Seiten der Industrie war deren Befürchtung, dass die UNO damit beginnen würde, sich allgemein als Reguliererin transnationaler Unternehmen zu betätigen.⁴⁹

Angesichts dieser schwierigen Ausgangslage entschied sich der Exekutivrat der WHO schließlich dafür, die Vermarktung von Muttermilchersatzprodukten mit einem Soft Law-Instrument zu regulieren. Ziel war es, den Kodex als rechtlich nicht bindende Empfehlung unter Artikel 23

⁴¹ S. Shubber, The International Code of Marketing of Breast-milk Substitutes, An International Measure to Promote Breast-feeding (Fn. 24), S. 2; Y. Beigbeder, International Public Health (Fn. 35), S. 47.

⁴² S. Shubber, The International Code of Marketing of Breast-Milk Substitutes (Fn. 22), S. 880.

⁴³ J. Richter, Holding Corporations Accountable (Fn. 20), S. 64.

⁴⁴ Dies in Verbindung mit Artikel 2 (u) WHO-Verfassung, der die Entwicklung von internationalen Normen im „Gebiete der Lebensmittel, der biologischen, pharmazeutischen und ähnliche[n] Produkte[n]“ als Aufgabenbereich der WHO definiert, vgl. auch G. L. Burci/C.-H. Vignes, World Health Organization, 2004, S. 144.

⁴⁵ J. Richter, Holding Corporations Accountable (Fn. 20), S. 93.

⁴⁶ Ebenda, S. 94.

⁴⁷ Ebenda, S. 62 f.

⁴⁸ Washington Post, US urged to adopt UN baby food Code, in The Age (4. Mai 1981), <http://news.google.com/newspapers?nid=1300&dat=19810504&id=CzRVAAAAIBAJ&sjid=w5QDAAAAIBAJ&pg=2859,1982319,Stand 13.11.2014>.

⁴⁹ J. Richter, Holding Corporations Accountable (Fn. 20), S. 66.

der WHO-Verfassung in der Weltgesundheitsversammlung zu verabschieden. Einerseits wurde davon ausgegangen, dass ein solches Soft Law-Instrument auf einstimmige Unterstützung der Staatengemeinschaft stoßen würde.⁵⁰ Dies, so die Intention, würde die Glaubwürdigkeit und Durchsetzungskraft des Kodex erhöhen.⁵¹ Gleichzeitig wurde befürchtet, dass bei der Wahl eines rechtlich bindenden Instrumentes viele Staaten aus wirtschaftlichen Gründen nicht zustimmen würden.⁵²

Doch trotz des rechtlich nicht bindenden Charakters war die Ausarbeitung des Kodex ein kontroverser Prozess. Bemerkenswert ist hierbei, dass sowohl die Säuglingsnahrungsmittelindustrie, als auch verschiedene NGOs von Beginn an in die Verhandlungen involviert waren und beispielsweise die Möglichkeit hatten, die Bestimmungen des Vorentwurfes zu kommentieren.⁵³ Vier verschiedene Entwürfe gingen dem schlussendlich verabschiedeten Dokument voraus.⁵⁴ Im Mai 1981 wurde der Kodex schließlich mit 118 Ja-, einer Nein-Stimme und drei Enthaltungen (durch Argentinien, Japan und Südkorea)⁵⁵ von der Weltgesundheitsversammlung angenommen.⁵⁶ Die USA, die als einziges Land gegen den Kodex stimmten, waren mit ihrer Nein-Stimme isoliert. Die Ablehnung war Ausdruck einer allgemeinen Skepsis der Reagan-Regierung gegenüber Verhaltenskodizes für Unternehmen.⁵⁷ So stieß auch das intensive Lobbying von Seiten der Industrie auf Gehör.⁵⁸ Die USA wurden stark kritisiert, vor den Interessen der Industrie in die Knie zu gehen und verloren durch ihre Nein-Stimme an Glaubwürdigkeit innerhalb der WHO.⁵⁹

Zusammen mit dem Verhaltenskodex nahm die Weltgesundheitsversammlung eine ambitioniert formulierte Resolution an, die von allen Staaten volle Unterstützung bei der Umsetzung des Kodex und der Implementierung in die nationale Gesetzgebung forderte. Wie die Resolution suggeriert, gewinnt diese Forderung an Bedeutung, da es sich beim Kodex für

⁵⁰ J. Alvarez, *International Organizations as Law-makers* (Fn. 37), S. 234.

⁵¹ K. G. Del Ponte, *Formulating Customary International Law: An Examination of the WHO International Code of Marketing of Breastmilk Substitutes*, in *Boston College International and Comparative Law Review*, Vol. 5, Nr. 2 (1982), S. 377–403, S. 390 f.

⁵² G. L. Burci/C.-H. Vignes, *World Health Organization* (Fn. 44), S. 144.

⁵³ S. Shubber, *The International Code of Marketing of Breast-milk Substitutes, An International Measure to Promote Breast-feeding* (Fn. 24), S. 8.

⁵⁴ P. Sethi/B. B. Bhalla, *A New Perspective on the International Social Regulation of Business* (Fn. 17), S. 147.

⁵⁵ Y. Beigbeder, *International Public Health* (Fn. 35), S. 47.

⁵⁶ WHO, *Country implementation* (Fn. 21), A. Taylor, *Violations of the international code of marketing of breast milk substitutes: prevalence in four countries*, in *British Medical Journal*, Vol. 316 (1998), S. 1117–1133, 1117.

⁵⁷ J. E. Post, *Assessing the Nestle Boycott* (Fn. 25), S. 120.

⁵⁸ K. Sikkink, *Codes of conduct for transnational corporations* (Fn. 28), S. 830.

⁵⁹ S. H. Dorfman, *The Implementation Process of the International Code of Marketing of Breastmilk Substitutes*, in *Syracuse Journal of International Law and Commerce*, Vol. 11, Nr. 1 (1984), S. 161–170, 163.

die Vermarktung von Muttermilchersatzprodukten um einen Ausdruck des kollektiven Willens fast aller WHO-Mitgliedsstaaten handelt.⁶⁰

III. Inhalt des Kodex

Der Kodex definiert minimale Standards, die von den Mitgliedsstaaten in rechtlich bindende Regulierungen umgesetzt werden sollen.⁶¹ Er formuliert das Ziel, „zu einer sicheren und angemessenen Ernährung für Säuglinge und Kleinkinder beizutragen, und zwar durch Schutz und Förderung des Stillens und durch Sicherstellung einer sachgemäßen Verwendung von Muttermilchersatznahrung, wo solche gebraucht wird.“⁶² Zur Erreichung dieser Ziele werden Mitgliedsstaaten dazu aufgefordert, gesetzgeberische Maßnahmen zu ergreifen, um die Bestimmungen des Kodex umzusetzen.⁶³ Dazu gehört die angemessene Information der Bevölkerung, insbesondere über die Überlegenheit des Stillens gegenüber Muttermilchersatzprodukten und über die sozialen und finanziellen Auswirkungen der Verwendung von industriell hergestellter Säuglingsnahrung.⁶⁴

Außergewöhnlich ist in diesem Zusammenhang, dass sich der Kodex nicht nur an Staaten, sondern direkt an Unternehmen wendet. Hersteller und Verteiler von Muttermilchersatzprodukten sollen sich der „Verantwortung für die Überwachung ihrer Vermarktungspraktiken – gemäß den Grundsätzen und dem Ziele dieses Kodex – bewusst sein, sowie durch geeignete Maßnahmen dafür sorgen, dass ihr Verhalten auf allen Ebenen mit dem Kodex in Einklang steht.“⁶⁵ Neben dem Verbot von Werbung für Muttermilchersatzprodukte untersagt der Kodex zudem Herstellern und Verteilern die Abgabe von Gratisexemplaren an schwangere Frauen, Mütter oder Familienangehörige.⁶⁶

⁶⁰ Alle Mitgliedstaaten sind dazu aufgerufen „to give full and unanimous support to the implementation (...) of the provisions of the International Code in its entirety as an expression of the collective will of the membership of the World Health Organization“ (Abs. 2 (1) WHA Resolution 34.22, 21. Mai 1981).

⁶¹ P. Sethi/B. B. Bhalla, A New Perspective on the International Social Regulation of Business (Fn. 17), S. 146.

⁶² Artikel 1 Internationaler Kodex für die Vermarktung von Muttermilchersatzprodukten (Anlage zur WHA Resolution 34.22, 21.05.1981).

⁶³ Artikel 11.1 Internationaler Kodex für die Vermarktung von Muttermilchersatzprodukten (Fn. 62).

⁶⁴ Artikel 4.2 (a) und (e) Internationaler Kodex für die Vermarktung von Muttermilchersatzprodukten (Fn. 62).

⁶⁵ Artikel 11.3 Internationaler Kodex für die Vermarktung von Muttermilchersatzprodukten (Fn. 62).

⁶⁶ Artikel 5.1 und 5.2 Internationaler Kodex für die Vermarktung von Muttermilchersatzprodukten (Fn. 62).

IV. Auswirkungen des Kodex

Trotz seines Soft Law-Charakters ist der Kodex für die Vermarktung von Muttermilchersatzprodukten im Verlaufe der letzten 30 Jahre keineswegs wirkungslos geblieben.⁶⁷ Sowohl das Marketing von Säuglingsnahrung als auch die Ernährungspraxis in Krankenhäusern veränderte sich nach Annahme des Kodex drastisch.⁶⁸ So sind die Bestimmungen des Kodex mittlerweile von vielen Regierungen ganz oder teilweise in die nationale Gesetzgebung integriert worden.⁶⁹ Im Jahr 2011 hatten rund 83 % von 199 Staaten⁷⁰ gesetzgeberische und andere Maßnahmen für die Implementierung des Kodex in nationales Recht ergriffen.⁷¹ Beispielsweise wurden auf nationaler Ebene Werbeverbote für Muttermilchersatzprodukte erlassen und 62 Staaten etablierten ein Verbot, die Säuglingsnahrung billig oder gratis anzubieten.⁷² Interessant sind in diesem Zusammenhang auch die USA, die, wie oben gesehen, der Annahme des Kodex in der Weltgesundheitsversammlung als einziges Land nicht zustimmten. Trotz (oder gerade wegen) dieser ablehnenden Haltung der Reagan-Administration löste der Kodex auch in den USA einen öffentlichen Diskurs aus. Beispielsweise veranlasste die amerikanische Lebensmittelbehörde eine Änderung der Etikettierung von Muttermilchersatzprodukten.⁷³

Auch die aggressiven Marketingstrategien multinationaler Konzerne zum Verkauf ihrer Produkte haben seit der Annahme des Kodex deutlich abgenommen. So verkündete beispielsweise Nestlé in den 1980er und 1990er mehrfach öffentlich die Absicht, seine Marketingstrategie zu ändern.⁷⁴ Durch Konsumentenboykotte unter Druck gesetzt, unterzeichnete der Konzern eine Vereinbarung mit der NGO International Nestlé Boycott Committee (INBC) und verpflichtete sich, die Vorgaben des Kodex zu befolgen.⁷⁵ Im Folgenden hat der Konzern wichtige Schritte unternommen, um die Bestimmungen des Verhaltenskodex umzusetzen.⁷⁶ Nestlé

⁶⁷ K. Sikkink, Codes of conduct for transnational corporations (Fn. 28), S. 822.

⁶⁸ Ebenda, S. 822.

⁶⁹ J. Richter, Holding Corporations Accountable (Fn. 20), S. 91; K. Nemsadze, Report from the Country of Georgia: Protecting and Promoting Breastfeeding through Regulation of Artificial-Feeding Marketing Practices, in The Journal of Perinatal Education, Vol. 13, Nr. 1 (2004), S. 23–28, 26.

⁷⁰ Fünf der 199 Staaten, die ihrer Berichterstattungspflicht gemäß Artikel 11.6 des Kodex und Artikel 62 der WHO-Verfassung nachkamen, sind keine Mitgliedsstaaten der Weltgesundheitsorganisation WHO, Country implementation (Fn. 21), S. 7.

⁷¹ Ebenda, S. 7.

⁷² Ebenda, S. 8 f.

⁷³ S. H. Dorfman, The Implementation Process of the International Code of Marketing of Breastmilk Substitutes (Fn. 59), S. 163.

⁷⁴ K. Sikkink, Codes of conduct for transnational corporations (Fn. 28), S. 834.

⁷⁵ Ebenda, S. 815; S. H. Dorfman, The Implementation Process of the International Code of Marketing of Breastmilk Substitutes (Fn. 59), S. 167.

⁷⁶ J. E. Post, Assessing the Nestle Boycott (Fn. 25), S. 122 f.

veröffentlicht jährlich einen Bericht über die Implementierung der im Kodex festgehaltenen Grundsätze und verspricht dabei, ein verantwortungsvolles Marketing betreiben zu wollen („We pledge to market our breast milk substitutes responsibly“).⁷⁷ Auf seiner Homepage weist das Unternehmen an zentraler Stelle auf die Wichtigkeit des Stillens während der ersten sechs Lebensmonate eines Kindes hin.⁷⁸ Zudem etablierte Nestlé bereits 1982 einen Ausschuss (Nestlé Infant Formula Audit Commission, NIFAC), der die Umsetzung des Kodex überwachen sollte.

Dieser Ausschuss wurde jedoch von zivilgesellschaftlichen Organisationen kritisiert, da es kaum glaubwürdig sei, wenn Nestlé Erfolge und Verstöße bei der Umsetzung des Kodex mit eigenem Personal überwache.⁷⁹ So ist die Bilanz in Bezug auf die Umsetzung des Kodex auch durchmischt.⁸⁰ Gemäß Schätzungen könnte auch heute noch der Tod von jährlich 1,4 Millionen Babys durch Stillen verhindert werden.⁸¹ In ihrem Bericht über die Implementierung des Kodex stellte die WHO zudem fest, dass die von den Staaten ergriffenen Maßnahmen zur Umsetzung des Kodex starken, interpretationsabhängigen Fluktuationen ausgesetzt sind⁸² und nur wenige Länder (37 %) die Bestimmungen des Kodexes komplett in ihre nationale Gesetzgebung übernommen haben.⁸³ Die früher von den Unternehmen praktizierten Strategien zur Vermarktung von Muttermilchersatzprodukten wurden durch neue, subtilere Strategien ersetzt.⁸⁴ Gleichzeitig wurden immer wieder massive Verstöße gegen die Bestimmungen des Kodex festgestellt. Beispielsweise zeigte eine von verschiedenen NGOs durchgeführte Untersuchung in den 1990er Jahren, dass noch immer viele Gratisproben von Muttermilchersatzprodukten an Mütter abgegeben wurden und dass Werbung für Muttermilchersatzprodukte gemacht wurde, ohne dabei auf die Vorteile des Stillens hinzuweisen.⁸⁵ In der limitierten Bereitschaft der Nahrungsmittelkonzerne, die Bestimmungen des Kodex umzusetzen, zeigen sich damit auch die Grenzen seines Erfolgs.⁸⁶

⁷⁷ Nestlé, Annual External Report, Compliance with the Nestlé Policy and Instructions for Implementation of WHO International Code of Marketing of Breast-Milk Substitutes (2012), S. 2.

⁷⁸ <http://www.nestle.com/csv/human-rights-compliance/baby-milk>, Stand: 04.12.2014.

⁷⁹ S. H. Dorfman, The Implementation Process of the International Code of Marketing of Breastmilk Substitutes (Fn. 59), S. 168.

⁸⁰ J. E. Post, Assessing the Nestle Boycott (Fn. 25), S. 125 f.

⁸¹ L. R. Perlman/K. Roberts, The Ethics of State Policies Restricting Access to Infant Formula (Fn. 20), S. 101.

⁸² WHO, Country implementation (Fn. 21), S. 7.

⁸³ Ebenda.

⁸⁴ J. Richter, Holding Corporations Accountable (Fn. 20), S. 103.

⁸⁵ J. Wise, Baby milk companies accused of breaching marketing code, in British Medical Journal, Vol. 314 (18. Januar 1997), S. 167.

⁸⁶ J. Richter, Holding Corporations Accountable (Fn. 20), S. 103.

C. Soft Law und die Interessenkollision zwischen Gesundheit und Wirtschaft

Trotz seines Soft Law-Charakters und der durchmischten Bilanz in Bezug auf seine Auswirkungen wird der Kodex für die Vermarktung von Muttermilchersatzprodukten in der Entwicklung internationaler Gesundheitskooperation als ein Meilenstein betrachtet.⁸⁷ Die Annahme des Kodex war insbesondere deshalb außergewöhnlich, weil die WHO zum ersten Mal in ihrer Geschichte ein Instrument verabschiedete, das mit wichtigen unternehmerischen Interessen kollidierte.⁸⁸ Dabei bemühten sich UNICEF und WHO, den Konflikt zwischen den wirtschaftlichen Interessen der Unternehmen und dem Interesse der öffentlichen Gesundheit, das Stillen zu fördern, zu mildern.

Hier zeigt sich, dass die Bedeutung von Soft Law häufig unterschätzt wird. Der Kodex für die Vermarktung von Muttermilchersatzprodukten verdeutlicht, dass rechtlich nicht bindende Instrumente eine bedeutende Rolle spielen können, wenn es darum geht, Kollisionen zwischen verschiedenen internationalen Interessen abzumildern. Im Folgenden sollen zwei Aspekte aufgezeigt werden, wie Soft Law in der Regulierung der Vermarktung von Muttermilchersatzprodukten zur Abschwächung des Interessenkonfliktes zwischen öffentlicher Gesundheit und wirtschaftlichen Anliegen beigetragen hat. Im ersten Argument wird gezeigt, dass Soft Law-Instrumenten das Potential zukommt, Verhandlungsprozesse zu erleichtern. Zweitens wird ausgeführt, dass Soft Law-Instrumente die Einbindung nicht-staatlicher Akteure sowohl als Verhandlungspartner als auch als Adressaten vereinfachen.

I. Soft Law verhindert Sackgassen und Stagnation in Verhandlungsprozessen

Ein wichtiger Vorteil von Soft Law-Instrumenten ist deren Potential, Sackgassen oder Stagnationen in Verhandlungen zu verhindern.⁸⁹ Goldmann betont, dass im internationalen Normenbildungsprozess häufig nicht die Entscheidung zwischen einem rechtlich bindenden oder einem Soft Law-Instrument offen steht. Die Wahl bestünde meistens zwischen den beiden Alternativen, entweder ein Soft Law-Instrument anzuneh-

⁸⁷ P. Sethi/B. B. Bhalla, A New Perspective on the International Social Regulation of Business (Fn. 17), S. 142.

⁸⁸ Y. Beigbeder, International Public Health (Fn. 35), S. 45.

⁸⁹ A. Schäfer, Resolving Deadlock: Why International Organizations Introduce Soft Law, in European Law Journal, Vol. 12, Nr. 2 (März 2006), S. 194–208, 198.

men, oder überhaupt keine internationalen Normen entwickeln zu können.⁹⁰ Soft Law-Instrumente werden von Mitgliedstaaten als weniger einschränkend empfunden als rechtlich bindende, insbesondere weil sie nicht an die Bedingungen der Wiener Vertragsrechtskonvention gebunden sind⁹¹ und den Grundsätzen der Staatenverantwortlichkeit nicht unterstehen.⁹² Nicht selten ermöglichen sie deshalb eine Regelung, die anders nicht zu erreichen gewesen wäre. Dies ist in diesem Zusammenhang insbesondere deshalb von Relevanz, weil transnationale Unternehmen einen bemerkenswerten Einfluss auf nationale Regierungen und damit auch auf die Bildung völkerrechtlicher Normen ausüben,⁹³ was sich auch in multilateralen Verhandlungsprozessen bemerkbar macht. Die Bestrebungen von Seiten der Industrie, gegen rechtlich bindende Regulierungen zu lobbyieren, finden häufig die Unterstützung der nationalen Regierungen.⁹⁴

Die Schwierigkeit, trotz Opposition der Industrie rechtlich bindende Regulierungen im Gesundheitsbereich zu erlassen, zeigt sich auch in der Tatsache, dass die WHO trotz ihrer außergewöhnlichen quasi-legislativen Kompetenzen⁹⁵ mit der Rahmenkonvention zur Tabakkontrolle bisher nur ein einziges rechtlich bindendes Instrument angenommen hat, das das Verhalten transnationaler Konzerne zum Schutz der öffentlichen Gesundheit vor nicht-ansteckenden Krankheiten explizit adressiert und reguliert. Die Entwicklung dieser Konvention war kosten- und zeitintensiv, unter anderem weil sich die WHO aufgrund des rechtlich bindenden Charakters des Instruments mit massivem Widerstand konfrontiert sah.⁹⁶ Im Zuge der zehn Jahre andauernden Verhandlungen hatten einige Staaten – nicht zuletzt als Reaktion auf den Druck der Tabakindustrie – versucht, die Be-

⁹⁰ M. Goldman, We Need to Cut Off the Head of the King: Past, Present, and Future Approaches to International Soft Law, in *Leiden Journal of International Law*, 25 (2012), S. 335–368, 356.

⁹¹ M. Knauff, Der Regelungsverbund (Fn. 1), S. 249.

⁹² Bei Verstößen gegen ein Soft Law-Instrument kann aufgrund seines rechtlich nicht bindenden Charakters nicht von einer Völkerrechtsverletzung gesprochen werden. Damit sind hier die Grundsätze der Staatenverantwortlichkeit nicht anwendbar. Diese würden bei Verstößen gegen Vertragsverpflichtungen oder Gewohnheitsrecht die Beendigung der Verletzung und die Wiedergutmachung der durch sie entstandenen Schäden fordern (Artikel 30 und 31 ILC-Entwurf zur Verantwortlichkeit der Staaten für völkerrechtswidrige Handlungen (12. Dezember 2001)).

⁹³ P. Willets, Transnational actors and international organizations in global politics, in Baylis, John/Smith, Steve/Owens, Patricia (Hrsg.), 2008, S. 330–347, 335 f.

⁹⁴ J. Ruggie, Business and Human Rights: The Evolving International Agenda, Faculty Research Working Papers Series (Juni 2007), S. 5.

⁹⁵ Die WHO-Verfassung erlaubt der Weltgesundheitsversammlung, rechtlich bindende Verträge und Regulierungen zu verabschieden (vgl. Artikel 19, 21, 22 WHO-Verfassung).

⁹⁶ K. A. Klock, The Soft Law Alternative to the WHO's Treaty Powers, in *Georgetown Journal of International Law*, Vol. 44 (2013), S. 821–846, 837.

stimmungen der Konvention und ihren rechtlichen Geltungsbereich kontinuierlich abzuschwächen.⁹⁷

Wie oben ausgeführt, hatten die WHO und UNICEF auch bei der Entwicklung des Kodex für die Vermarktung von Muttermilchersatzprodukten mit starkem Gegenwind von Seiten der Säuglingsnahrungsmittelindustrie zu kämpfen.⁹⁸ Die Stimmung schwankte zwischen Totalopposition der Unternehmen und Versuchen, die Bestimmungen so wenig restriktiv wie nur irgend möglich zu gestalten.⁹⁹ Zudem herrschte auch hier ein politisches Klima, das der Regulierung transnationaler Unternehmen durch internationale Organisationen mit großer Skepsis gegenüber stand.¹⁰⁰ Mit der Entscheidung, ein Soft Law-Instrument an Stelle eines rechtlich bindenden Instrumentes zu verabschieden, war auch die Hoffnung verknüpft, die USA ins Boot holen zu können.¹⁰¹ Diese hatte sich, wie oben gesehen, aus wirtschaftlichen Gründen von Anfang an gegen eine rechtlich bindende Regulierung gewehrt. Die WHO wollte zudem nicht das Risiko eingehen, die Regulierung der Marketingtechniken der Säuglingsnahrungsmittelindustrie durch das zeitintensive Erarbeiten eines rechtlich bindenden Instruments auf unbestimmte Zeit zu verzögern.¹⁰² Die Wahl eines Soft Law-Instruments trug dazu bei, dass der Kodex vergleichsweise rasch erarbeitet¹⁰³ und mit klaren Bestimmungen versehen werden konnte.¹⁰⁴ Im Vergleich mit dem Verhandlungsprozess der Rahmenkonvention zur Tabakkontrolle zeichnet sich hierin der Vorteil der Wahl eines Soft Law-Instrumentes ab. Dass es in einem der-

⁹⁷ A. L. Taylor/I. S. Dhillon, An international legal strategy for alcohol control: not a framework convention – at least not yet, in *Addiction*, Vol. 108 (2012), S. 450–455, 451.

⁹⁸ J. Richter, Holding Corporations Accountable (Fn. 20), S. 63.

⁹⁹ Ebenda, S. 62.

¹⁰⁰ Ebenda, S. 75.

¹⁰¹ Ebenda, S. 71.

¹⁰² Ebenda, S. 71.

¹⁰³ K. Sikkink, Codes of conduct for transnational corporations (Fn. 28), S. 832.

¹⁰⁴ Shaffer und Pollack betonen, dass es rechtlich bindende Instrumente gibt, die derart vage Bestimmungen enthalten, dass sie den Charakter eines Soft Law-Instrumentes annehmen; vgl. G. C. Shaffer/M. A. Pollack, Hard Law vs. Soft Law: Alternatives, Complements and Antagonists in International Governance, in *Minnesota Law Review*, Research Paper Nr. 09–23 (2010), S. 706–799, 715. So wurde im Zusammenhang mit der Rahmenkonvention zur Tabakkontrolle argumentiert, dass es sich hier wegen unklarer Bestimmungen mehr um Empfehlungen als um Verpflichtungen handle; vgl. H. M. Mamudu/S. A. Glantz, Civil Society and the Framework Convention on Tobacco Control, in *Global Public Health*, 4 (2) (2009), S. 150–168, 161. Im Gegensatz dazu sind die Bestimmungen des Kodex für die Vermarktung von Muttermilchersatzprodukten aussagekräftig und detailliert (K. Sikkink, Codes of conduct for transnational corporations (Fn. 28), S. 833; K. G. Del Ponte, Formulating Customary International Law (Fn. 51), S. 387. Ein Beispiel ist in diesem Zusammenhang das Verbot einer Abgabe von Gratisproben, das in Artikel 5.2 des Kodex folgendermaßen formuliert ist: „Hersteller und Verteiler sollten weder direkt noch indirekt Proben von Produkten, die in den Anwendungsbereich dieses Kodex fallen, an schwangere Frauen, Mütter, oder deren Familienangehörige abgeben.“

art erhitzten Klima überhaupt möglich war, eine internationale Regulierung zum Marketing von Muttermilchersatzprodukten zu erarbeiten, ist bemerkenswert.

II. Soft Law erlaubt im Verhandlungsprozess die Einbindung nicht-staatlicher Akteure

In der traditionellen Konzeption des Völkerrechts sind diejenigen Akteure, denen kein Status als Völkerrechtssubjekt¹⁰⁵ zukommt, von den Verhandlungen eines internationalen Vertrages ausgeschlossen. Obwohl transnationale Unternehmen die internationalen Normbildungsprozesse beeinflussen, kommt ihnen unter dem Völkerrecht kein rechtlicher Status zu.¹⁰⁶ Gerade in einer Thematik die, wie der Verhandlungsprozess um die Vermarktung von Muttermilchersatzprodukten, kontroverse Diskussionen auslöst und Spannungsfelder aufzeigt, kann der Ausschluss wichtiger Akteure dazu führen, dass die Effektivität eines internationalen Instruments eingeschränkt wird.¹⁰⁷ Obwohl auch in den Verhandlungen harter völkerrechtlicher Verträge die Inklusion nichtstaatlicher Akteure partiell praktiziert wird,¹⁰⁸ ist die Möglichkeit, andere Akteure als die traditionellen Völkerrechtssubjekte in den Verhandlungsprozess mit einzubeziehen, eine Stärke des Soft Law.¹⁰⁹ Denn im Unterschied zur Rechtsquellenlehre, die einzig Staaten und indirekt internationale Organisationen als potentielle Erzeuger von Vertrags- und Gewohnheitsrecht sieht,¹¹⁰ erlaubt die Flexibilität des Soft Law die Einbindung nichtstaatlicher Akteure in den

¹⁰⁵ Die traditionelle Definition der Völkerrechtssubjekte umfasst neben einigen atypischen Formen wie z.B. dem Malteser Ritterorden oder dem Heiligen Stuhl in erster Linie Staaten, internationale Organisationen und partiell auch Individuen. Obwohl der völkerrechtliche Status transnationaler Unternehmen seit einigen Jahrzehnten Gegenstand intensiver Debatten ist, kommt ihnen unter internationalem Recht kein einheitlicher Status zu, vgl. C. Walter, Subjects of International Law, in *Max Planck Encyclopedia of International Law* (Mai 2007), <http://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e1476?rskey=Tm5Nxs&result=1&prd=EPIL>, Stand 17.12.2014.

¹⁰⁶ W. H. Reinicke/J. M. Witte, Challenges to the International Legal System (Fn. 10), S. 95.

¹⁰⁷ K. A. Klock, The Soft Law Alternative to the WHO's Treaty Powers (Fn. 96), S. 834.

¹⁰⁸ Vgl. z.B. J. Alvarez, The New Treaty Makers, in *Boston College International and Comparative Law Review*, Vol. 25 (2002), S. 213–234, 223. Auch während des Verhandlungsprozesses der Rahmenkonvention zur Tabakkontrolle versuchten NGOs, sich einzubringen. Allerdings waren nichtstaatliche Akteure hier von fast allen offiziellen Vertragsverhandlungen ausgeschlossen A. L. Taylor et al., Leveraging non-binding instruments for global health governance: reflections from the Global AIDS Reporting Mechanism for WHO reform, in *Public Health*, Nr. 128 (2014), S. 151–160, 157.

¹⁰⁹ Siehe z.B. H.A. Hillgenberg, A Fresh Look at Soft Law (Fn. 13), S. 501; W. H. Reinicke/J. M. Witte, Challenges to the International Legal System (Fn. 10), S. 94.

¹¹⁰ A. Verdross/B. Simma, (1984), S. 323.

Normbildungsprozess.¹¹¹ So betont Knauff, dass durch die Verwendung eines Soft Law-Instruments die „Partizipation der Regelungs-betroffenen“ ermöglicht wird, was die Bereitschaft aller Beteiligten erhöhe, die Bestimmungen einer internationalen Vereinbarung zu befolgen.¹¹²

Wie oben gezeigt waren im Verhandlungsprozess des Kodex für die Vermarktung von Muttermilchprodukten sowohl die Säuglingsnahrungsmittelindustrie als auch verschiedene NGOs involviert. Bei der Beteiligung von Industrievertretern nahmen WHO und UNICEF bewusst das Risiko in Kauf, dass die Bestimmungen des Kodex an die Forderungen der Säuglingsnahrungsmittelproduzenten angepasst werden; dies in der Hoffnung, dass die frühe Beteiligung der Industrie deren Unterstützung des Kodex vergrößern würde.¹¹³ Da es zu einem wesentlichen Teil von der Kooperationsbereitschaft wirtschaftlicher Akteure abhängt, ob die Interessenkollision zwischen Gesundheitsschutz und ökonomischen Interessen gemindert werden kann, ist die Bedeutung der Einbindung der Säuglingsnahrungsmittelindustrie in den Verhandlungsprozess nicht zu unterschätzen. Gleichzeitig wurde die Einbindung der Industrie von Seiten der NGOs stark kritisiert: Es sei nicht sinnvoll, wenn die zu regulierende Partei die Regeln zu stark beeinflussen könne.¹¹⁴

Hier zeigt sich, dass auch der Zivilgesellschaft beim Verhandlungsprozess des Kodex von Anfang an eine wichtige Rolle zukam.¹¹⁵ Organisationen wie das International Baby Food Action Network positionierten sich bei den Verhandlungen bei UNICEF und der WHO, indem sie an verschiedenen Treffen teilnahmen und Lobbying bei nationalen Delegierten betrieben.¹¹⁶ Zudem trug der von NGOs organisierte Boykott von Nestlé-Produkten wesentlich dazu bei, dass die Säuglingsnahrungsmittelindustrie zu Konzessionen bereit war.¹¹⁷ Die Ergebnisse des Verhandlungsprozesses zeigen denn auch, dass sich die Einbindung nichtstaatlicher Akteure in den Normenbildungsprozess lohnt: Der umfangreiche Einbezug aller relevanten Akteure führte zur Entwicklung bedeutsamer und detaillierter Regelungen.¹¹⁸

Neben der Möglichkeit zur Einbindung nicht-staatlicher Akteure in den Verhandlungsprozess ermöglichen Soft Law-Instrumente auch eine direkte Adressierung nicht-staatlicher Akteure. So handelt es sich beim Kodex für die Vermarktung von Muttermilchersatzprodukten nicht um

¹¹¹ L. O. Gostin, Global Health Law (Fn. 8), S. 66; W. H. Reinicke/J. M. Witte, Challenges to the International Legal System (Fn. 10), S. 76.

¹¹² M. Knauff, Der Regelungsverbund (Fn. 1), S. 251.

¹¹³ J. Richter, Holding Corporations Accountable (Fn. 20), S. 99.

¹¹⁴ Ebenda, S. 62.

¹¹⁵ K. Sikkink, Codes of conduct for transnational corporations (Fn. 28), S. 819.

¹¹⁶ Ebenda, S. 828.

¹¹⁷ J. E. Post, Assessing the Nestle Boycott (Fn. 25), S. 119.

¹¹⁸ K. Sikkink, Codes of conduct for transnational corporations (Fn. 28), S. 833.

eine zwischenstaatliche Vereinbarung im eigentlichen Sinne. Vielmehr richten sich die Bestimmungen, wie oben gezeigt, auch direkt an private Akteure.¹¹⁹ Die Adressierung von Unternehmen durch eine zwischenstaatliche Vereinbarung ist im traditionellen Völkerrecht eine Rarität,¹²⁰ da transnationale Unternehmen nicht den klassischen Völkerrechtssubjekten zuzuordnen und damit nicht Träger völkerrechtlicher Pflichten und Verantwortungen sind.¹²¹ Adressiert werden im Kodex auch NGOs, insbesondere in Bezug auf dessen Implementierung.¹²²

III. Kritik

Trotz des Potentials, das Soft Law bei der Lösung des Interessenkonflikts von wirtschaftlichen Anliegen und öffentlichem Gesundheitsschutz zukommt, werden rechtlich nicht bindende Instrumente im Völkerrecht kontrovers diskutiert. Ein Hauptkritikpunkt ist, dass die Annahme von Soft Law-Instrumenten redundant sei, da es Staaten ohnehin frei stehe, den im Instrument definierten Regeln zu folgen.¹²³ Die Nichteinhaltung von Soft Law-Bestimmungen habe keine Konsequenzen für die jeweiligen Staaten, da Durchsetzungsmöglichkeiten fehlen.¹²⁴ Diese Kritik wurde auch im Hinblick auf den rechtlich nicht bindenden Charakter des Kodex für die Vermarktung von Muttermilchersatzprodukten laut.¹²⁵ Denn gerade in Bereichen, in denen die Industrie eine derart zentrale Rolle spielt, erscheint ein freiwilliger Verhaltenskodex weniger

¹¹⁹ J. Alvarez, International Organizations as Law-makers (Fn. 37), S. 235.

¹²⁰ Kaminga nennt in diesem Zusammenhang die International Convention on Civil Liability for Oil Pollution Damage, die Schiffseigentümer für Meeresverschmutzungen durch Öl haftbar macht. Bei den Schiffseigentümern kann es sich um transnationale Unternehmen handeln, vgl. M. T. Kaminga, Corporate Obligations under International Law, vorgetragen an der 71. Konferenz der International Law Association (17. August 2004), S. 3; vgl. auch <http://www.imo.org/About/Conventions/ListOfConventions/Pages/International-Convention-on-Civil-Liability-for-Oil-Pollution-Damage-%28CLC%29.aspx>, Stand: 16.12.2014.

¹²¹ W. Kälin, et al., Völkerrecht, S. 140 (Fn. 12); M. T. Kaminga, Corporate Obligations under International Law (Fn. 120), S. 3.

¹²² S. H. Dorfman, The Implementation Process of the International Code of Marketing of Breastmilk Substitutes (Fn. 59), S. 166. Beispielsweise kommt dem International Baby Food Action Network eine wichtige Monitoring-Funktion zu. Das Netzwerk publiziert jährlich einen Bericht über die Umsetzung des Kodex und Verstöße, vgl. <http://ibfan.org/code-watch-reports>, Stand 16.12.2014.

¹²³ S. Atapattu, International environmental law and soft law: a new direction or a contradiction?, in Baillet, Cecilia M., Non-State Actors, Soft Law and Protective Regimes, (2012), S. 200–226, 219.

¹²⁴ K. W. Abbott/D. Snidal, Hard and Soft Law in International Governance, in International Organization 54, 3 (Sommer 2000), S. 421–456, 422.

¹²⁵ N. Baumsлаг, Infant-Food industry, in The Lancet, Vol. 312, Nr. 8081 (15. Juli 1978), S. 166.

angemessen als ein rechtlich bindendes Instrument.¹²⁶ Zehn Jahre nach Annahme des Verhaltenskodex wurde moniert, dass zwischen den rhetorischen Absichtsbekundungen und der tatsächlichen Implementierung eine große Diskrepanz bestehe.¹²⁷ Wie oben gezeigt, trifft diese Kritik jedoch nur teilweise zu. Trotz seines Soft Law-Charakters wurden Teile des Kodex für die Vermarktung von Muttermilchersatzprodukten in vielen Staaten ganz oder teilweise in nationales Recht implementiert und die meisten Produzenten bekennen sich zu den Zielen des Kodex, auch wenn deren Umsetzung lückenhaft ist.

Ein weiterer Kritikpunkt ist, dass die Verwendung von Soft Law-Instrumenten stets das Resultat asymmetrischer internationaler Machtverhältnisse ist. So setzten sich im Verhandlungsprozess des Kodex einige Entwicklungsländer dafür ein, dass der Kodex in einer rechtlich verbindlichen Form angenommen werden soll, konnten sich aber nicht durchsetzen. Auf der anderen Seite traten die USA als Hauptkämpfer für die Annahme eines rechtlich nicht bindenden Instruments hervor.¹²⁸ Hier zeigt sich, dass es oft die ressourcenstarken Staaten sind, die den Gang und den Charakter einer internationalen Verhandlung dominieren. Dennoch ist dies kein a priori Argument gegen die Verwendung von Soft Law, da umgekehrt auch angemerkt werden kann, dass Soft Law die Annahme einer internationalen Regelung trotz asymmetrischer internationaler Machtverhältnisse überhaupt erst ermöglicht.

Das Beispiel der USA zeigt jedoch auch, dass Soft Law-Instrumente kein Allheilmittel zur Lösung des Interessenkonfliktes zwischen Wirtschaft und öffentlicher Gesundheit sind. Denn wie oben gesehen, lehnten die USA den Kodex trotz seines rechtlich nicht bindenden Charakters ab. Dabei spielte als wichtige Komponente die Tatsache eine Rolle, dass sich Nestlé die USA als primären Wachstumsstandort ausgewählt hatte.¹²⁹

D. Fazit

Das Beispiel des Kodex zeigt, dass die Verwendung von Soft Law-Instrumenten im Bereich der internationalen Gesundheit lange unterschätzt wurde. Trotz einiger Schwächen erlaubt die Flexibilität rechtlich nicht bindender Instrumente die Einbindung nichtstaatlicher Akteure und verhindert die Stagnation eines Verhandlungsprozesses. Beide Elemente haben

¹²⁶ A. L. Taylor/I. S. Dhillon, An international legal strategy for alcohol control (Fn. 97), S. 453.

¹²⁷ P. Sethi/B. B. Bhalla, A New Perspective on the International Social Regulation of Business (Fn. 17), S. 150.

¹²⁸ J. E. Post, Assessing the Nestle Boycott (Fn. 25), S. 120.

¹²⁹ K. Sikkink, Codes of conduct for transnational corporations (Fn. 28), S. 827.

sich bei der Entwicklung des Internationalen Kodex für die Vermarktung von Muttermilchersatzprodukten als zentral erwiesen.

Obwohl es sich bei der Debatte um die Vermarktung von Muttermilchersatzprodukten um ein spezielles Produkt und um einen außergewöhnlichen Prozess handelte, können im Hinblick auf die Interessenkollision zwischen Wirtschaft und Gesundheit Vergleiche mit anderen Bereichen gezogen werden. Beispielsweise hat der Versuch der Alkoholindustrie, ihren Absatzmarkt durch Marketing zu vergrößern, ebenfalls verheerende Auswirkungen auf die globale Gesundheit. Auch in diesem Bereich ist zu erwarten, dass die Abneigung der Industrie gegenüber rechtlich bindenden Instrumenten und deren Einfluss auf die Staaten so groß ist, dass die Aus handlung eines rechtlich bindenden Instrumentes aufwändig, zeitintensiv, unter Umständen gar unmöglich wäre.¹³⁰

So werden auch Forderungen laut, ähnliche Verhaltenskodizes in Bezug auf die Werbung für ungesunde Ernährung¹³¹ oder für den Konsum von Alkohol¹³² zu verabschieden. Die Erfahrungen mit dem Kodex für die Vermarktung von Muttermilchersatzprodukten zeigen, dass Soft Law-Instrumente zur Abschwächung der Interessenkollision zwischen wirtschaftlichen Interessen und dem Schutz der öffentlichen Gesundheit ein viel versprechendes Instrument darstellen.

Julia Richter*, Zürich

Summary

The fragmentation of public international law increasingly causes conflicts of interests. In this regard, one important and controversial issue is the collision of endeavours to protect public health and economic interests. This is important, for example, with regard to non-communicable diseases: It is in the interest of companies to promote alcoholic beverages or unhealthy food, whereas public health protection would demand for a reduction of the latter's consumption. Traditional mechanisms of international law, such as multilateral treaties or customary international law, have proven to be insufficient to solve this multifaceted collision of interest. Thereby, one main challenge is the vacuum concerning the international regulation of transnational companies. The incapacity to deal with such collisions of interests makes it necessary to go beyond traditional legal cooperation in employing innovative approaches. This raises the importance of legally non-binding or soft law-instruments. As the example of the WHO's International Code of Marketing of Breast-milk Substitutes shows, soft law provides an auspicious way to mitigate the collision of interest between public health and the economy. With the Code as an example, this

¹³⁰ A. L. Taylor/I. S. Dhillon, An international legal strategy for alcohol control (Fn. 97), S. 451.

¹³¹ M. Muller, Nestlé baby milk scandal has grown up but not gone away (Fn. 9).

¹³² Vgl. A. L. Taylor/I. S. Dhillon, An international legal strategy for alcohol control (Fn. 97).

* Doktorandin an der Universität Zürich (unterstützt vom Schweizerischen Nationalfonds). Ich danke Prof. Dr. iur. Stéphanie Dagron, Silvia Park, Ruth Richter, Ivy Angelli Rosales-Greyer und Dr. phil. Johannes Wirz für die wertvollen Hinweise.

paper analyses the potential of soft law to avoid stagnations in negotiation processes and to involve non-state actors. Both points are crucial in view of the lingering difficulties to reconcile economic interests with public health protection.